

資 料

〔外国文献紹介〕

グレコ「不法と責任の区別を相対化する
近時の見解に対する批判」

松 原 芳 博

1 紹介にあたって

犯罪は、構成要件に該当し違法かつ有責な行為と定義される。この定義から、構成要件該当性、違法性（不法）、有責任（責任）からなる犯罪論体系が導かれる。この体系は、ドイツ刑法学に由来し、分析的思考を可能とするものとして多くの解釈学上の成果をもたらしてきた。このうち、違法性ないし不法と有責性ないし責任との区別は、犯罪についての実質的評価の違いを示すものとして特に重要視される。不法と責任とを区別する「客観的違法論」ないし「二元的体系」は、犯罪を客観的的外部的側面ないし行為関係の事情と主観的心理的側面ないし行為者関係の事情とに分けたリストやベーリングらの自然主義的体系を端緒とする。しかし、目的等の主観的違法要素や期待可能性に影響を及ぼす客観的事情の発見によって、主観-客観の区別と不法-責任の区別とは対応しないことが認識された。そこで、メツガーらの価値関係的体系は、不法は行為の社会侵害性ないし法益侵害性を基礎づけ、責任は行為者の個人的な非難可能性を基礎づけるものとして、評価の視点の違いによって不法と責任との区別を正当化した。こうして、不法と責任との区別は、「過去数世代における最も重要な理論上の進歩」⁽¹⁾、「ドイツ刑法学が過去100年間に獲得した最も重要な知見」⁽²⁾と評されるなど、刑法学の共有財産とみなされた。

これに対して、命令規範論の見地から、規範による命令は責任無能力者に対し

(1) Hans Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finalen Handlungslehre, JuS 1966, S. 421.

(2) Claus Roxin, Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien Festschrift für Heinrich Henkel (1974), S. 171 [邦訳として、高橋則夫「刑法上の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(1984年) 71頁]。

ては作用しえないとして不法と責任とを一体的に把握した「主観的違法論」ないし「一元的体系」は、行為規範論ないし命令規範論の立場からも支持を失うに至り、学説史上の存在となっていた。ところが、西暦2000年前後から、この一元的体系の再生が見られるようになった。この新しい一元的体系は、刑法の目的を規範の回復ないし確証に求める見地から、有責な態度のみが法規範を否認しようとするメッセージとして作用することを理由に、不法と責任との融合を説くものである⁽³⁾。古い一元的体系が行為規範の行為者個人に対する事実的作用に注目したのに対して、新しい一元的体系は、社会からみた行為規範と犯罪行為との間の意味的連関に注目したところに特徴がある。前者は法の実効性を問題とし、後者は法の妥当性を問題とするものといえる。また、前者は規範と行為者の二面関係を前提とし、後者は規範と行為者と社会という三面関係を前提とするものといえよう。

以下では、この新しい一元的体系に対して、不法と責任とを区別する伝統的な二元的体系の優越性を説くグレコの論文「不法と責任の区別を相対化する近時の見解に対する批判」⁽⁴⁾ (2009年)の紹介を通じて、一元体系の問題性を明らかにするとともに、犯罪論体系のあり方について示唆を得たい。

2 グレコ論文の内容

1 はじめに

部分的または全面的に不法と責任の区別を否定する見解は、古くから存在した。ヴェルツェルは、過失の本質を潜在的目的性から説明していた時期に、過失犯では不法と責任を区別しえないと述べていた。また、法益論を拒否して犯罪を義務違反と解したシャフスタインは、違法阻却事由のみならず免責事由までも消極的構成要件要素に編入したのであった。

近年、特にヤコブス学派は、ヘーゲルの影響のもとで犯罪と刑罰をコミュニケーションとして理解する見地から、責任なき不法は存在しえないとする。不法と

(3) Günther Jakobs, Dolus Malus, Festschrift für Rudolphi (2004), S. 107ff., Michael Pawlik, Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, Festschrift für Harro Otto (2007), S. 133ff. [紹介: 振津隆行「ミヒャエル・パウリク『最近一世代(30年)の最も重要なドグマ・ティッシュュな前進?」—刑法における不法と責任との間の区別についての論評』金沢法学52巻2号(2010年)159頁以下], Heiko Hartmut Lesch, Unrecht und Schuld im Strafrecht, JA2002, S. 602ff.

(4) Luis Greco, Wider die jüngere Relativisierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, GA2009, S. 636ff.

は、規範の妥当性を動揺させる意味を担った態度であるが、責任無能力者は、単なる「自然」であって、そのような意味を表出することはできないから、雷や洪水と同様、不法をなしえない、と説くのである。

このほか、フロイントは、人格的な刑法理論の見地から、責任が備わってはじめて行為規範違反といえるだけの非行が認められるとする。また、「ポスト目的的行为論の体系」を目指すヴァルターは、「法は不可能を義務づけけない」という原則から、行為者が適法な行為をなしうることが不法の前提であり、不法の意識は責任の中核であると同時に不法の前提でもあるとした。さらに、社会学における権力理論によって犯罪論を再構成したジンハ、有責な行為のみが権力の濫用として不法という評価を受けると説いた。スペインのモリナ・フェルナンデスは、行為規範は責任なき行為を対象とすることはできないとした。ポルトガルのソーサ・メンデスは、法益論を排斥し、アリストテレスやブーフエンドルフの帰属理論を前提に全人格の評価を犯罪論に導入すべきとする見地から、責任を不法の構成要素と解すべきことを主張した。

II 不法と責任の区別の意義

しかし、第一に、評価の段階を行為の正しさと行為者の責任とに分けることは、日常の規範的判断に合致する。叙事詩『イリアス』で、アガメノンは、アキレスからプリセイシスを略奪したことは誤ちであったと認めつつ、自分に責任はなかったと主張したのであった。第二に、刑法の領域では、不法と責任は、社会侵害性と個人的非難可能性という異なった基本原理を反映している。この観点からすれば、不法は、原則として、一般のおよび外部的という意味で客観的であり、責任は、個人的および心理的という意味で主観的であるといえる。第三に、現行法は、不法のみで生ずる効果と責任を具備してはじめて生ずる効果とがあることを予定している。たとえば、正当防衛は（通説によれば）責任なき不法に対しても可能であり、共犯も責任なき不法に関して成立しうる。改善保安処分は責任なき不法をも対象とするのに対して、刑罰は不法と責任を前提とする。不法を基礎づける事情の錯誤は故意を阻却するが、責任を基礎づける事情の錯誤は故意を阻却しない（ドイツ刑法35条2項⁽⁵⁾）。第四に、体系的な観点からいえば、不法の意識は、その対象として不法の意識自身を内包しない不法の存在を論理的に予定

(5) ドイツ刑法35条2項 行為者が、行為遂行時に、第1項〔免責緊急避難〕により自己を免責するであろう事情があると誤信したときは、その者が錯誤を回避しえた場合に限り、罰せられる。刑は、第49条第1項により、減輕するものとする。（なお、邦訳は、法務省大臣官房司司法法制部編〔宮澤浩一他訳〕『ドイツ刑法典』（2007年）に従った。以下も同様である。）

している。責任なき不法が存在してはじめて不法の意識を責任の要件となしうるのである。

III 理論の一貫性

もし不法と責任との区別を撤廃しようとするのであれば、その区別を裏から忍び込ませるようなことがあってはならない。ところが、一元的体系の主張者であるレッシュは、過剰防衛（ドイツ刑法33条⁽⁶⁾）および免責緊急避難（ドイツ刑法35条⁽⁷⁾）においては規範の妥当要求が撤回されるため不法が阻却されるとしながら、正当化緊急避難（ドイツ刑法34条⁽⁸⁾）と免責緊急避難とを再統一することに対しては、両者が全く異なる不処罰根拠に基づくという理由で反対する。また、ヴァルターは、従来の免責事由の多くを、人間の弱さへの寛大さに基づく宥恕事由として不法および責任の外部に位置づけるが、これは彼の前提とする不法概念とは調和しない。彼は、また、強要緊急避難や公務員の命令に基づく行為については、それが正当化事由なのか免責事由なのかを論じている。ジンは、構成要件は人の権力行使を抽象的に記述し、この権力行使が正当化事由の不存在によって権力濫用となるとした上で、さらに、その態度が権力濫用として理解されることを妨げる理由が行為者自身に存するかどうかを問題とし、その例として過剰防衛や免責緊急避難を挙げている。さらに、彼は、強要緊急避難が正当化事由であるのか免責事由にすぎないのかも論じている。

奇妙なことに、一元的体系の主張者も、ドイツ刑法35条2項の錯誤規定に対してはほとんど反対していない。しかし、構成要件該当事実の錯誤に関するドイツ刑法16条1項⁽⁹⁾と免責緊急避難の前提事実の錯誤に関する35条2項との効果の違い

(6) ドイツ刑法33条 行為者が、錯乱、恐怖又は驚愕から正当防衛の限界を超えたときには、罰せられない。

(7) ドイツ刑法35条1項 生命、身体又は自由に対する、他の方法では回避することのできない現在の危難の中で、自己、親族又は自己と密接な関係にあるその他の者から危難を回避させるため、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。事情により、殊に、行為者が危難を自ら惹起したことを理由にして、又は、行為者が特別な法的関係にあったことを理由にして、危難を甘受することがその者に期待し得た場合は、この限りでない。ただし、特別な法的関係の考慮によってではなく、行為者が危難を甘受すべきであったときは、刑は、第49条第1項により、減輕することができる。

(8) ドイツ刑法34条 生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益に対する、他の方法では回避することのできない現在の危難の中で、自己又は他の者から危難を回避するため行為を行った者は、反対利益、特に当該法益とそれを脅かす危険の程度とを考量し、保全利益が侵害利益を著しく超えるときは、違法に行為したものではない。ただし、このことは、行為が危難を回避するのに適切な手段である場合に限り、妥当する。

(9) ドイツ刑法16条1項 行為遂行時に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった

は、不法と責任とを区別しない体系からは説明しえないであろう。イタリア刑法59条4文は、正当化事由と免責事由とを含んだ処罰阻却事由の錯誤全般について故意を阻却するものとしているが、論者がこのような規定を適切なものと考えないのは、不法と責任との区別を暗に認めているからにはかならない。

さらに、一元的体系からは、免責緊急避難の客観的要件に関する錯誤のみならず、自分の責任能力に関する錯誤も、故意を阻却するものとしなければ一貫しない。たとえば、精神科医に誤って精神病と診断された者や、故障したアルコール検査装置によって誤って高濃度の血中アルコールが検出された者は、一元的体系によれば、法規範による義務づけの対象となる事実の範囲を記述するメルクマールに関して錯誤に陥っており、この者が他人を殺害しても過失犯しか成立しないということになる。この帰結を避けようとするならば、責任能力を基礎づける事情と構成要件要素との相違を明らかにすることは避けられないが、不法と責任との区別を持ち出すことなくして、その相違を説明するのは困難であろう。

IV 理論の優越性

(1) a) ヤコブス学派は、責任なき所為は何ら規範に対する反抗を表明するものではないことを理由に、不法と責任とを一体化させる。しかし、犯罪がもっぱらコミュニケーションであるとするならば、現実の犯罪遂行と、犯罪遂行を見せかける演出との間に原理的な違いはなく、後者も処罰されるべきことになる。反対に、秘密裏の犯行は、犯行の不存在と等置されることになる。しかし、その秘密を暴き、それによって規範の妥当性を動揺させた捜査官は、どうして処罰されないのだろうか。社会侵害性は、コミュニケーション的アプローチが看過した犯罪の事実に側面を正当に評価しようとするものにほかならない。しかし、この社会侵害性の思想に正当性を認めることは、不法と責任の区別に至る第一歩となる。次の一歩は、この社会侵害性は有責な行為者の行為と責任なき行為者の行為とで異なるものではなく、行為者の責任については社会侵害性とは別の評価段階が必要となることを理解することである。犯罪とは、社会侵害的であるのみならず、さらなる観点から否認されるべき行為なのである。

b) ヴァルターは、多くの免責事由を人間の弱さへの寛大さという指導原理のもとに包摂することで、不法と責任の区別を部分的に復活させた。しかし、人間の弱さへの寛大さという観点が核心を突いているのかは疑わしい。免責緊急避難に関するドイツ刑法35条を完全に削除する権利が国にあるとは考え難い。カルネ

者は、故意に行爲したものではない。過失による遂行を理由とする処罰の可能性は、なお残る。

アデスの板を奪い合って、他人の生命を犠牲にしてわが子の生命を守った母親を処罰するとすれば、国家は不寛容であるだけでなく、不正義であるといわねばならない。

c) ジンの見解に対しては、権力の濫用が必然的に有責であって、責任なき者は他人に対して権力を行使しえないといえるのか、という疑問がある。ネロやヒトラーのような狂気の暴君の行為は、彼らに対する精神鑑定の結果いかにかわらず不法といえるであろう。

d) 行為規範論からの一元的体系の理由づけは、行為規範を責任なき者に対して向けても無意味であるとするものである。このメルケル以来の理由づけは、フロイント、ヴァルター、ヤコブス学派の一部およびモリナ・フェルナンデスによって採用されるなど、支持を広げている。特にモリナ・フェルナンデスは、規範論の観点から故意、注意義務違反、危険創出等を禁止内容の一部として構成要件に編入するだけでは中途半端であり、行為規範論を一貫するなら責任全体が不法の前提とされなければならない、と主張する。

たしかに、刑法規範を決定規範ないし行為規範と理解するという前提と、不法と責任を区別するという帰結とをいかに調和させるのかを通説はまだ説明することに成功していない。責任無能力者に対しても規範による動機づけは可能であるとする説明がしばしば見られるが、この説明は、重度知的障害者などには妥当しない。そこで、通説としては、二元的体系を維持するために、規範論そのものを放棄するという選択肢も考えられる。しかし、規範論という補助手段が客観的帰属論や故意論で実りある成果をもたらしてきたことからすると、規範論の放棄は犠牲が大きすぎる。それゆえ、行為規範論と二元的体系とを調和させる選択肢を探る方が望ましい。

責任無能力者が規範の呼びかけに反応しえないとしても、彼らを規範の名宛人としておくことは、責任能力のある潜在的行為者を動機づける目的に資する。責任無能力者に対して一定の行為を禁止することは、当該行為の現出を阻止するためではなく、責任無能力を援用することで禁止を潜脱することを期待する行為者が現れないようにするためである。このように解しても、責任無能力者の手段化という問題は生じない。なぜなら、責任無能力者も殺人や強姦を行う権利を有するわけではないからである。かくして、規範論と責任なき不法との不整合は解消される。

e) ソーサ・メンデスの見解の骨子は、次のようなものである。責任なき不法という思考は、法益論と法益保護主義からの派生物である。この法益論と法益保護主義は、帰結主義の発想である。けれども、帰結主義からは、人間の行為の包括的な道徳的評価はなしえない。このような評価を可能とするのは、アリストテ

レスやブーフェンドルフを範とした、行為者の性格に注目する徳性の倫理学（Tugendethik）である。このように法的評価の中心に行為者の性格を据えるならば、責任に依存しない不法は意味をもたない。

しかし、帰結主義的な評価では不十分であることから、徳性の倫理に依拠して行為者の性格を不法の中核に位置づけなければならないと考えることには飛躍がある。ソーサ・メンデスの要求は、市民の行為の評価に関する限り、法と道德の分離という自由主義の原則に反する。国家は、市民に一定の性格を要求する権利を与えられていない。

f) 学説史的にみると、二元的体系は、イエーリングが民法の善意占有者の例から発見した責任なき不法をリストが刑法に導入したものであって、全法領域における不法の統一性というテーゼからの帰結であるが、このテーゼ自体が歴史的に制約されたものであって、刑法の領域には責任なき不法は適合しないとの指摘もある。しかし、現在、責任なき不法は、この学説史的観点からではなく、前述IIで挙げた4つの論拠から基礎づけられている。また、仮に一元的体系論者の学説史上の所見が正しいとしても、その出自に問題があるという理由で一つの理論を拒絶するのは、遺伝学的にも誤った推論である。

(2) 科学哲学上の保守主義によれば、第一に、他の点で優劣のない2つの見解が対立する場合には、一般に承認されている前提とよりよく調和する見解が優先し、第二に、新規ないし独自の見解は、先行する見解および対立する見解よりも、自らが説明能力および発見能力の点で優越することの挙証責任を負う。

たとえば、メツガーの価値関係の理論は、違法性を形式的な法規範に対する違反ではなく実質的な社会侵害性とみることで、また、責任を単に犯行に対する心理的關係ではなく非難可能性とみることで優れた説明能力を示すとともに、正当化事由を利益の優越と利益の欠缺という2つの観点から体系化し、正当化緊急避難の思想を受容させたことで優れた発見能力を示した。ヴェルツェルの目的的行為論も、目的性を内容とする故意や注意義務違反を内容とする過失を行為無価値要素として不法の中核的内容へと高めることで優れた説明能力を示すとともに、構成要件的錯誤と禁止の錯誤との区別において優れた発見能力を示している。ロクシンらの機能主義の体系も、刑法における価値的側面と刑罰目的論の要請を看過していた存在論的体系や目的的行為論の体系に比べて優れた説明能力を示すとともに、一般予防による法益保護の目的から導かれた客観的帰属論において優れた発見能力を示している。

これに対して、不法と責任とを融合させる一元的体系は、説明能力および発見能力について従来の見解よりも優れている点があるのだろうか。一元的体系は、IIで挙げた諸点を説明することが困難である点で、二元的体系よりも説明能

力において劣るといえる。また、構成要件の錯誤と禁止の錯誤との区別の撤廃という一元的体系からの帰結は学問的進歩とはいえず、一元的体系は、その発見能力においても従来の見解よりも優れているとはいえないであろう。

3 若干のコメント

グレコが指摘するように、一元的体系は、さしあたり、解釈学上の「給付能力」に疑問があるといえる。一元的体系論者は、多くの解釈問題において二元的体系からの帰結をそのまま受容している。しかも、その帰結を一元的体系から説明することには無理があると感じられる。たとえば、「違法性」の意識の可能性は、その意識の対象として、行為者の意識に依存しない「違法性」の存在を論理的な前提とするはずである。さもなければ、行為者に違法性の意識の可能性があるといえるためには、行為者自身が、「自分が違法性の意識の可能性を有していること」の意識の可能性を有していなければならないことになって、無限遡及に陥ってしまう。一元的体系論者も、不法と責任との区別が「教授法上の有用性」を有することを認めるが、この区別に教授法上の有用性があるのは、単なる偶然ではなく、不法と責任に実体的な相違があるからではないだろうか。

もちろん、一元的体系論者の意図は、解釈論上の成果にあるわけではなく、むしろ、刑罰目的に関する規範確証論を犯罪論体系に反映させることにあるといえよう。一元的体系は、刑罰の目的を法益の保護ではなく規範の妥当性の確証に求めたことの帰結として、犯罪の本質を規範ないし一般意思に対する不服従に見出した。このような規範への不服従は、行為者が有責であってはじめて肯定され、仮に客観的な犯行に何らかの意義を見出すとしても、それは行為者の規範敵対的態度を肯定するための中間段階にすぎないのである。

このような規範確証論は、近時の刑事立法における処罰の早期化や保護法益の拡散にみられるような「法益概念の危機」に対応したものといえる。しかし、刑法の保護対象を法益から規範へと移行させ、犯罪をもっぱら「意味の次元」で捉えることは、犯罪から事実的基礎を奪うおそれがある。規範確証論の見地からすれば、犯罪意思を有すると公言することは、現実の犯罪遂行と同様に、規範ないし一般意思に対する不服従を意味するコミュニケーションとして、刑罰の対象になるのではないだろうか。また、犯罪の共謀や反社会的団体への参加に対する処罰は、それが法益侵害の危険を含むか否かにかかわらず、規範への不服従を表明しているという理由によって容易に正当化されるのではないだろうか。しかし、これらの帰結は、行為主義ないし侵害原理からの疑義を免れない。

不法と責任は、それぞれ侵害原理と責任原理の体系論上の表現形式であるとい

えよう。不法とは、法によって阻止されるべき不都合な事態としての法益の侵害・危殆化を内容とし、処罰の対象をそのような「侵害」に限定することで侵害原理が担保される。一方、責任とは、このような「侵害」が行為者の非難されるべき意思決定に基づくことを意味し、この非難可能な意思の存在によって責任原理が担保される。かくして、不法と責任とを区別する客観的違法論ないし二元的体系は、侵害原理と責任原理を相互に侵食し合うことなく保障するための体系的装置にほかならない。

このような意味での二元的体系は、メツガーの評価規範と決定規範との区別に由来するものであって、客観的評価規範論と法益侵害説を前提とする。これに対して、現在のドイツの通説や日本の多数説は、不法を行為規範違反とみる規範違反説ないし行為規範論に立っている。しかし、一元的体系論が指摘するように、行為規範論と二元的体系が整合するかはなお疑問である。行為規範論からは、不法と責任はともに行為規範違反の部分的認定であって、両者に質的な相違はない。不法は、一応の規範違反であり、責任は最終的な規範違反であるにすぎない。行為規範論からは、不法は一般人を基準とした規範違反であり、責任は行為者を基準とした規範違反であるとする事で、両者を能力基準によって区別することが試みられた。しかし、同一の対象について同一の視点から能力基準のみを変えて2回判断することに実質的な意味はないし、この能力基準の違いが錯誤論や共犯論等における効果の相違に対応しているとも思われない。また、行為規範論からは、規範の義務づけ機能と動機づけ機能とによって不法と責任とを区別することも試みられた。しかし、この2つの機能は一体のものであって、両者を截然と区別することは困難である。グレコ論文も、行為規範論と二元的体系との整合性に関する記述は歯切れが悪く、この点の論証には成功していないように思われる。グレコは、責任無能力者に対する禁止は当該行為者の行為を阻止しようとするものではなく、責任能力者による規範潜脱を回避するためのものであるとする。しかし、命令規範が行為者の意思への働きかけを本質とすることを前提としながら、責任能力者による潜脱を避けるために、意思への働きかけが機能しえない責任無能力者にまで命令規範の名宛人を拡大するというのであれば、それは便宜的にすぎるであろう。一方、グレコが、もともとと行為者の意思への働きかけを要しない規範を想定しているのであれば、その実体は客観的評価規範論が前提とする「名宛人なき評価規範」に帰着するのではないだろうか。